

Katarzyna Bagan-Kurluta

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: kbkurluta@wp.pl

telefon: 662065222

DOI: 10.15290/mhi.2016.15.01.15

Czyje dziecko, czyje? Kilka uwag o pochodzeniu dziecka na tle umów macierzyństwa zastępczego

SUMMARY

Whose child, whose? Some remarks on the origin of a child against surrogacy contracts

Surrogacy is a tool to fulfil anyone's need and yearning for a child. Next to adoption, it provides the only additional way to be a parent, opposite to adoption – it makes an individual capable of having a genetically related child. However, since the beginning of application of methods of artificial procreation and surrogacy itself in the 70s, 80s of the twentieth century, the need for regulation of surrogacy, the legality of the contract is still a source of controversies in courtrooms as well as in scientific discourse. Unfortunately, usually the consequence of a contract, even regarded as invalid, is childbirth. The discussion about surrogacy is therefore not only scientific in its nature – it refers to a living human being and his legal and family status. A few years ago I wrote about surrogacy in the US, in order to show the complexity of the problem in a country where there is a multiplicity of regulations – from its prohibition, through the lack of references in the law, to a clear, pronounced acceptance of contracts and surrogacy itself. Today, I am coming back to the issue in order to make one of the most controversial American cases the background for reflections on the realities of today's Polish law.

Key words: surrogacy, contract of surrogacy, surrogate mother, intended parent, genetic mother, biological mother, father.

Słowa kluczowe: surogacja, macierzyństwo zastępcze, surogatka, socjologiczny rodzic, genetyczna matka, biologiczna matka, ojciec.

Na historię surogacji składają się przypadki szczęśliwych rozwiązań problemów rodzinnych, ale także konfliktów i spraw sądowych o ustalenie pochodzenia dziecka, i ustanowienie pieczy nad nim. Dzięki surogacjom możliwe jest zrealizowanie marzenia o dziecku, stanowią one obok adopcji jedyną dodatkową, oprócz naturalnej, możliwość wstąpienia w prawa rodzica. Jednakże od początków ich stosowania w latach siedemdziesiątych, osiemdziesiątych XX w. tak na salach sądowych, jak i w doktrynie toczą się dyskusje co do potrzeby wprowadzenia ich regulacji, zgodności z prawem umów macierzyństwa

zastępczego, ale też konsekwencji zawarcia umowy, nawet nieważnej, w postaci przyjścia dziecka na świat. W kontekście tych dyskusji, poniższe rozważania stanowią próbę skonfrontowania dzisiejszych polskich realiów prawnych z jedną z najbardziej kontrowersyjnych amerykańskich spraw, zakończoną w 2007 r. Są także powrotem autorki do tematyki surogacji w USA¹ i do inspiracji wielością regulacji prawnych tam obowiązujących – od zakazu surogacji, poprzez brak odniesień do nich w prawie, po wyraźną akceptację umów macierzyństwa zastępczego i samych surogacji – i skutkami ich zastosowania.

* * *

W 2007 r. *Minnesota Court of Appeals* rozpatrzył apelację od wyroku sądu pierwszej instancji (*district court*) w sprawie *In re Paternity & Custody of Baby Boy A*. Pozwany, P.G.M., 38-letni adwokat mieszkający w Nowym Jorku, wychowany w rodzinie wielodzietnej, zapalał chęcią posiadania dziecka. Jako homoseksualista zarażony HIV, spędził ponad rok omawiając swoje plany z lekarzami, rozważając ewentualne dawczynie komórek jajowych i analizując surogację gestacyjną. Uznał, że jedynym sposobem na doprowadzenie do przyjścia na świat dziecka genetycznie z nim spokrewnionego jest zastosowanie zapłodnienia *in vitro* i surogacji gestacyjnej (w czasie postępowania *district court* stwierdził, że jego choroba była skutecznie kontrolowana, że był on w doskonałym zdrowiu fizycznym, i spodziewano się u niego długości życia jak u zdrowego człowieka). W następstwie wyrażonej przez jednego z lekarzy przychyłnej opinii o posłużeniu się biologicznie spokrewnioną z pozwanym surogatką, P.G.M. wiosną 2004 r. skontaktował się telefonicznie ze swoją siostrą, Mary, aby zapytać ją czy zostanie matką zastępczą dla jego dziecka. Mary odmówiła, ale poinformowała o propozycji swoją córkę J.M.A. (powódkę w późniejszej sprawie), studiującą w Minnesocie. Chociaż J.M.A. była w tym czasie w ciąży, zadzwoniła do P.G.M. i zaproponowała mu swoje usługi jako surogatka gestacyjna. Świadomy ciąży J.M.A. pozwany nie przystał na tę propozycję. W ciągu kolejnych kilku miesięcy strony wymieniały korespondencję dotyczącą macierzyństwa zastępczego. Jesienią 2004 r., gdy J.M.A. urodziła swoje dziecko, P.G.M. zaakceptował ustną propozycję J.M.A. działania w charakterze surogatki gestacyjnej. W dniu 2 grudnia tego samego roku P.G.M. podpisał umowę macierzyństwa zastępczego, w której zawarte były wcześniejsze ustne uzgodnienia stron, sporządzoną według wzoru znalezione go w Internecie. W umowie przewidziano, że będzie ona podlegała prawu stanu Illinois. Zawierała ona również zasadnicze dla surogacji postanowienia – zobowiązanie J.M.A. do donoszenia ciąży z genetycznym dzieckiem P.G.M., urodzenia go i zrzeczenia się wszelkich praw do niego oraz zobowiązanie P.G.M. do

¹ K. Bagan-Kurluta, *About surrogacy agreements against background of American experiences*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2010, z. 8, s. 59-78.

pokrycia w zamian za to całości wydatków J.M.A. związanych z macierzyństwem zastępczym. Umowa zawierała również postanowienie o ujawnieniu przez zarażonego HIV pozwanego informacji dotyczących przeprowadzenia procesu płukania plemników (*sperm-washing*), polegającego na oddzieleniu płynu nasennego od plemników i zastąpienia go sterylnym roztworem, które w opinii *district court* zminimalizowało ryzyko transmisji HIV. W tekście umowy znalazło się także następujące oświadczenie woli przyszłej surogatki: „Ja, [J.M.A.] niniejszym potwierdzam, że zgodziłam się nosić i urodzić dziecko poczęte poprzez zapłodnienie *in vitro* i połączenie komórki/komórek jajowych anonimowej dawczyni i nasienia P.G.M., aby P.G.M. mógł mieć dziecko genetycznie z nim spokrewnione. Nie mam zamiaru sprawować pieczy nad dzieckiem, ani fizycznie, ani w świetle prawa, ani posiadać jakichkolwiek praw rodzicielskich, obowiązków lub zobowiązań wobec jakiegokolwiek dziecka urodzonego w wyniku tej surogacji gestacyjnej. Moim zamiarem jest raczej, aby genetyczny i socjologiczny rodzic dziecka [P.G.M.], sprawował wyłączną pieczę i miał pełny zakres praw i obowiązków oraz zobowiązań wobec dziecka”. W połowie grudnia 2004 r. J.M.A. podpisała umowę, przedtem odrzucając propozycję P.G.M. aby na jego koszt niezależny prawnik przeanalizował jej treść pod kątem zgodności z prawem. W wyniku ustnej modyfikacji umowy P.G.M. zgodził się zapłacić J.M.A. kwotę \$20 000 jako opłatę za jej usługi jako surogatki – przekazał jej czek na tę kwotę w końcu grudnia 2004 roku. Na początku 2005 r., strony udały się do placówki medycznej w Illinois specjalizującej się w płukaniu plemników i zapłodnieniu *in vitro* i podpisały dokumenty wymagane do rozpoczęcia procedury medycznej. W dniu 12 kwietnia 2005 r. specjaliści od zapłodnienia *in vitro* w Illinois przeprowadzili zapłodnienie komórki jajowej anonimowej dawczyni nasieniem P.G.M. i wszczepili embriion J.M.A. Latem 2005 r., J.M.A. zatrzymała się na dwa miesiące w apartamencie P.G.M. w Nowym Jorku. Podczas tego pobytu między stronami doszło do sporu. Wkrótce potem J.M.A. zażądała, aby P.G.M. zapłacił jej dodatkowe \$ 120 000 grożąc przerwaniem ciąży, jeżeli P.G.M. nie spełni jej żądania. Na początku grudnia 2005 r. J.M.A. przygotowała nową umowę, w której przewidziano pokrycie dodatkowych kosztów transportu, usług medycznych i psychologicznych. P.G.M. nie podpisał tej umowy. W dniu 17 grudnia 2005 r. J.M.A. urodziła dziecko w stanie Minnesota. Zarejestrowała je, nie informując P.G.M. o urodzeniu dziecka, jego imieniu i nazwisku ani o miejscu jego pobytu. Po powzięciu informacji o tym od swojej siostry P.G.M. wniósł o ustalenie ojcostwa. *District court* natychmiast wyznaczył J.M.A. pełnomocnika z urzędu (w ramach instytucji *Hennepin County Public Defender*). Pod kierunkiem sądu, w ramach działań *Hennepin County Court Services* wysłuchano obu stron i sporządzono raport, w który zalecono, aby P.G.M. sprawował tymczasową pieczę nad dzieckiem. W raporcie odnotowano silny emocjonalny związek P.G.M. z dzieckiem oraz fakt, że działania J.M.A. motywowane były w największej mierze perspektywą zysku. Podczas postępowania sądowego, sąd wysłuchał obszernych

zeznać i przeanalizował liczne dowody i 18 sierpnia 2006 r. w wyroku stwierdził, że zgodnie z *Illinois Parentage Act*, P.G.M. jest ojcem dziecka, odmawiając J.M.A. praw rodzicielskich². Powódka bez rezultatu usiłowała wszcząć kolejny proces – *district court* odrzucił jej wniosek w tej sprawie. W związku z tym w dniu 11 grudnia 2007 r. wniosła apelację od wyroku sądu I instancji. *Minnesota Court of Appeals*, rozpatrujący ją, wydał w sprawie (nieopublikowaną) opinię³. W opinii nie zgodził się z zarzutami skarżącej surogatki oponującej przeciwko ustaleniu pochodzenia dziecka od pozwanego i ustanowieniu jego pieczy nad dzieckiem, a mianowicie: 1) popełnienia błędu w postaci wykonania umowy surogacji gestacyjnej zawartej przez strony, 2) błędnego zastosowania prawa stanu Illinois, jak wynikało to z treści wspomnianej umowy surogacji gestacyjnej, 3) nadużycia uprawnień dyskrejonalnych sądu przez wyrażenie zgody na wniosek pozwanego o zmianę danych (imienia/nazwiska) dziecka. Powódka wskazała trzy przesłanki powołanego przez nią błędnego wykonania umowy surogacji gestacyjnej zawartej przez strony: 1) umowa nie odzwierciedlała rzeczywistego porozumienia stron, 2) P.G.M. przymusił ją do podpisania umowy oraz 3) umowa była sprzeczna z porządkiem publicznym stanu Minnesota. Co do pierwszego argumentu, powódka stwierdziła, że *district court* popełnił błąd uznając, że strony ustnie zmieniły umowę w kwestii suplementarnego odszkodowania, oraz że umowa nie zawierała innego postanowienia dotyczącego dodatkowych uzgodnień stron. *Minnesota Court of Appeals* zgodził się z wyrażonym w orzeczeniu w sprawie *Inland Prods. Corp. v. Donovan, Inc.*⁴, przekonaniem o braku możliwości dokonania zmiany ustaleń sądu niższej instancji przez sąd wyższego rzędu, chyba że są one w sposób oczywisty sprzeczne z dowodami i pozostają bez rozsądnego wsparcia dowodowego. Według ustaleń *district court*, brak było wystarczających dowodów, że takie dodatkowe uzgodnienia między stronami miały miejsce. Dał on wiarę wersji P.G.M. jako wiarygodnej, stwierdzając o braku wiarygodności wersji J.M.A. W Illinois i w Minnesocie do zawarcia ważnej umowy wymagane było złożenie oferty i jej przyjęcie⁵. W aktach sprawy znajdowały się istotne dowody na poparcie tezy *district court*, że J.M.A. i P.G.M. ważnie zawarli umowę w formie pisemnej, po czym poddali ją ustnej modyfikacji. Choć z treści umowy wynikał obowiązek wprowadzenia poprawek do niej w formie pisemnej, prawo Illinois pozwalało na wprowadzanie ustnych zmian do umów zawieranych w formie pisemnej⁶. J.M.A. twierdziła, że wprowadzenie ustnej zmiany

² In re Paternity & Custody of Baby Boy A., No. A07-452, 2007 WL 4304448 (Minn. Ct. App. Dec. 11, 2007), Hennepin County District Court File No. 27-PA-FA-05-278S, <http://www.lawlibrary.state.mn.us/archive/ctapun/0712/opa070452-1211.htm>. Por. S. Bychkov Green, *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, „Wisconsin Journal of Law, Gender & Society” 2009, nr 24, s. 95-97.

³ <http://law.justia.com/cases/minnesota/court-of-appeals/2007/opa070452-1211.html> Justia US Law (30.06.2016).

⁴ 249 Minn. 387, 390, 82 N.W.2d 691, 693 (1957).

⁵ *Melena v. Anheuser-Busch, Inc.*, 847 N.E.2d 99, 109 (Ill. 2006).

⁶ *Tadros v. Kuzmak*, 660 N.E.2d 162, 170 (Ill. App. Ct. 1995).

skutkowało nieważnością całej umowy, choć nie znalazła dla tego twierdzenia wsparcia w żadnym ze źródeł prawa. W związku z powyższym, *district court*, a za nim *Minnesota Court of Appeals*, przyjęły, że umowa była ważna i stanowiła wyraz porozumienia stron.

Co do drugiego argumentu, J.M.A. stwierdziła, że podpisała umowę pod wpływem psychologicznego, emocjonalnego i finansowego przymusu. Istnienie przymusu w amerykańskim prawie jest kwestią faktu, który należy dowieść⁷. W stanie Illinois, którego prawo zastosowano, przymus oznaczał narzucanie, kontrolowanie, nadmierny, bezprawny nacisk, a także czerpanie nadmiernej korzyści ze stresu innej osoby, przy czym osoba ta powinna być pozbawiona możliwości wykonywania jej wolnej woli⁸. Przymus powinien wpłynąć na umysł osoby w ten sposób, że wykonanie przez nią umowy nie było dobrowolnym aktem, powinien mieć miejsce w momencie wykonywania przez nią umowy. O przymusie nie można było mówić tylko z powodu zdecydowanej/twardej pozycji negocjacyjnej drugiej strony lub presji sytuacji finansowej⁹. Ciężar udowodnienia istnienia przymusu spoczywał na osobie powołującej się na niego¹⁰. Żadna z okoliczności sprawy nie świadczyła o stosowaniu przymusu w stosunku do J.M.A. Inicjatywa zawarcia umowy ze swoim wujem wyszła od niej. *District court* przyjął za trzy główne czynniki motywacji J.M.A.: 1) jej predyspozycję do pomocy innym, 2) jej ogólną chęć pomocy P.G.M. oraz 3) perspektywę otrzymania dużej, jak dla niej, sumy pieniędzy. Sąd uznał także za prawdziwe zeznania członków rodziny opisujące J.M.A. jako osobę niezależną, o silnej woli, niemającą problemów z ochroną własnych praw. Na podstawie tych faktów przyjął, że nie było oszustwa, wprowadzenia w błąd, bezprawnego nacisku, przymusu z żadnej strony podczas procesu kształtowania umowy. *Minnesota Court of Appeals* przyjął za nim, że J.M.A. nie była przymuszona w żaden sposób do podpisania umowy.

Co do argumentu sprzeczności umowy z porządkiem publicznym stanu Minnesota, J.M.A. stwierdziła, że *district court* popełnił błąd, przyjmując skuteczność umowy, ponieważ w Minnesocie nie było ani aktu prawnego ani orzecznictwa sankcjonującego umowne ustalenie pochodzenia dziecka i pieczy nad nim. Jednak ani prawo stanowe stanu Minnesota ani orzecznictwo nie zakazywało umów surogacji gestacyjnej – przeciwnie ustawodawca wyraźnie chronił prawa osób, które korzystały z technologii wspomaganego rozrodu¹¹. J.M.A. stwierdziła, że skoro pojęcie „matka biologiczna” w świetle *Minnesota*

⁷ *Wise v. Midtown Motors, Inc.*, 231 Minn. 46, 53, 42 N.W.2d 404, 408 (1950).

⁸ *In re Marriage of Gorman*, 671 N.E.2d 819, 825 (Ill. App. Ct. 1996).

⁹ *Higgins v. Brunswick Corp.*, 395 N.E.2d 81, 85 (Ill. App. Ct. 1979).

¹⁰ *Stoltze v. Stoltze*, 66 N.E.2d 424, 428 (Ill. 1946).

¹¹ *Minnesota Statutes* § 257.56 (2006) (dotyczący sztucznej prokreacji), *Minnesota Statutes* § 62Q.14 (2006) (ograniczenia firm ubezpieczeniowych we wprowadzaniu wobec posiadaczy polis ubezpieczenia zdrowotnego ograniczeń dostępu do ośrodków leczenia niepłodności). Por. w wersji z 2015 roku: <https://www.revisor.mn.gov/statutes/> (05.07.2016).

Statutes § 257.54 (2006), zawierającego regulację ustanowienia relacji rodzic – dziecko, obejmowało „dowolny typ rodzicielstwa poza adopcyjnym”, *district court* naruszył porządek publiczny Minnesoty wykonując umowę i opierając się przy tym tylko na kryterium genetycznym. Dla swojego twierdzenia nie znalazła jednak wsparcia w żadnym ze źródeł prawa. *District court* nie opierał się wyłącznie na badaniach genetycznych w celu ustalenia ojcostwa dziecka, rozważył także inne dowody: umowę, zeznania stron i zeznania lekarza, który dokonał transferu zarodka. Ponadto sąd zdecydował, że dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest konieczne, aby dowieść, czy wyrażenie „matka biologiczna” odnosiło się do „każdego typu nie-adopcyjnego rodzicielstwa”. J.M.A. stwierdziła w związku z tym, że jedynie na podstawie dowodu urodzenia dziecka możliwe było ustalenie macierzyństwa zgodnie z § 257.54. Mimo że w ustawie przewidziano, że macierzyństwo mogło być ustanowione przez „dowód matki biologicznej urodzenia dziecka”, *Minnesota Statutes* § 257.54 (a), uregulowano w niej również inne metody ustalenia relacji matka-dziecko, np. uznanie dziecka, adopcję. J.M.A. powołała się ponadto na przepis ustawy, która czyni nieważnym przekazanie dziecka przez rodzica innej osobie w inny sposób niż na mocy decyzji sądu¹². W powołanym przez nią przepisie przyjęto jedynie, że „żaden rodzic nie może scedować ani w inny sposób przenieść na inną osobę praw lub obowiązków rodzicielskich dotyczących stałej opieki i pieczy nad dzieckiem w wieku poniżej 14 lat. W przepisie tym nie zdefiniowano pojęcia „rodzic”, a ustawa nie zabraniała ciąży surogatki z dzieckiem genetycznie z nią niespokrewnionym i przekazania go biologicznemu rodzicowi po urodzeniu. Ponieważ w Minnesocie ani ustawodawstwo ani orzecznictwo nie zakazywało takich umów, nie naruszały one porządku publicznego. Oznaczało to, że prawo ani nie potępiało, ani nie akceptowało umów surogacji gestacyjnej – *Minnesota Court of Appeals* stwierdził, że nie było to także rolą sądu. Jednakże, według niego, funkcją sądu było ustalenie pochodzenia dziecka i pieczy nad nim, jeśli dziecko urodziło się w tym stanie w wyniku zastosowania takiej procedury a wnioskowano, aby wymiar sprawiedliwości to uczynił.

Co do zarzutu błędnego zastosowania prawa stanu Illinois, to J.M.A. kontestowała w ogóle zasadność stosowania prawa tego stanu. Stwierdziła ponadto, że jeśli ma być ono stosowane to *district court* powinien przeanalizować sprawę pod kątem zgodności z przepisami *Illinois Gestational Surrogacy Act*¹³, mimo że strony podpisały umowę przed dniem wejścia w życie tego aktu, ponieważ należało uwzględnić nie datę podpisania umowy, a datę jej wykonania. Przepis wspomnianej ustawy stanowił, o jej stosowaniu wyłącznie do umów surogacji gestacyjnej, które zostały zawarte po 1 stycznia 2005 r. Ponieważ obie strony podpisały umowę w grudniu 2004 r., przed dniem wejścia w życie ustawy, jej

¹² *Minnesota Statutes* § 257.02 (2006).

¹³ 750 Ill. Comp. Stat. 47/1-75 (2006).

przepisy nie miały zastosowania. Także zastosowanie *Illinois Parentage Act*¹⁴, która regulowała rodzicielstwo, było według powódki nieuzasadnione. Jej zdaniem, P.G.M. nie spełnił wymogów w niej określonych. W *Illinois Parentage Act* uregulowana została procedura ustalenia pochodzenia dziecka w oparciu o dobrowolną zgodę stron. Strony nie spierały się co do spełnienia przez umowę wszystkich ustawowych wymogów ustalenia pochodzenia dziecka w drodze konsensusu. Ponadto niezgodność umowy z przepisem ustawy nie była przesłanką nieważności umowy – pod warunkiem, że z wadliwej umowy wynikało tylko domniemanie istnienia więzi rodzic-dziecko między surogatką gestacyjną a dzieckiem. Nie zamykało to *district court* drogi do przeprowadzenia analizy pochodzenia dziecka i pieczy nad nim w świetle wybranego przez strony systemu prawnego, w tym wypadku stanu Illinois. Dlatego też sąd przeanalizował przepis *Illinois Parentage Act*, w którym zawarte było wzruszalne domniemanie macierzyństwa J.M.A.: O ile nie ustalono inaczej i o ile przed urodzeniem dziecka nie spełniono wszystkich wymogów wskazanych w ustawie, na mocy postanowienia *district court*, dziecko uznaje się za dziecko surogatki (w surogacji gestacyjnej) i jej męża, jeśli go ma. Jednak domniemanie to może zostać obalone przez wyraźne i przekonujące dowody¹⁵.

District court ustalił, że J.M.A. była domniemaną matką dziecka i że P.G.M. mógł obalić to domniemanie wykazując, że J.M.A. nie była jego matką, w drodze wyraźnych i przekonujących dowodów, w tym wynikami badań genetycznych. Takimi dowodami, w ocenie sądu były: 1) J.M.A. przyznała, a badania genetyczne potwierdziły, że nie jest biologiczną matką dziecka, 2) dziecko zostało poczęte za pomocą anonimowej dawczyni komórki jajowej, 3) badanie DNA wykazało, że istnieje 99,99% prawdopodobieństwa, że P.G.M. jest biologicznym ojcem dziecka, 4) dr Seth Levrant przeprowadził transfer zarodków, który skutkował ciążą J.M.A. oraz 5) intencją stron było zawarcie umowy zgodnej z prawem stanu Illinois. Chociaż orzecznictwo Illinois nie dostarczyło wskazówek w zakresie oceny dowodów, to przyjęto, że zgromadzone dowody były na tyle wyraźne i przekonujące, że wzruszyły ustawowe domniemanie macierzyństwa J.M.A.

Co do zarzutu nadużycia uprawnień dyskrejonalnych sądu przez wyrażenie zgody na wniosek pozwanego o zmianę imienia i nazwiska dziecka, sąd I instancji uwzględnił wniosek, chyba że w przypadku zmiany nazwiska małoletniego dziecka uzna, że zmiana taka nie będzie w najlepszym interesie dziecka¹⁶. Aby ustalić czy zmiana jest w najlepszym interesie dziecka, sąd może rozważyć różne czynniki, w tym tzw. czynniki Saxtona: 1) długości czasu, przez jaki dziecko nosiło aktualne imię i nazwisko, 2) wstyd jakiego dziecko może

¹⁴ (750 ILCS 46/) Illinois Parentage Act of 2006. Por. wersję z 2015 r.: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=3638&ChapterID=59> (05.07.2016).

¹⁵ 750 Ill. Comp. Stat. 45/6(a)(2).

¹⁶ Minn. Stat. § 259.11(a) (2006).

doświadczyć od noszenia obecnego lub proponowanego imienia i nazwiska, 3) preferencje dziecka, 4) efekt jaki zmiana imienia i nazwiska miałaby na relacji dziecka z każdym z rodziców oraz 5) stopień szacunku we wspólnocie dla obecnego i proponowanego imienia i nazwiska¹⁷. W momencie usankcjonowania przez sąd zmiany dziecko nie miało jeszcze roku, a więc znane było pod poprzednim imieniem i nazwiskiem przez krótki okres, nie było też zdolne do wyrażenia preferencji dla jednego lub drugiego imienia i nazwiska. Pomimo zastrzeżeń J.M.A., że wybrane przez P.G.M. imię i nazwisko mogło powodować trudności lub zakłopotanie dziecka w późniejszym okresie jego życia, żadna z okoliczności nie wskazywała na słuszność tego twierdzenia. Czwarty czynnik wymagał uwzględnienia efektu zmiany na relacji dziecka z każdym z rodziców. Sąd uznał, że istnieje tylko jeden rodzic biologiczny, który brał udział w postępowaniu – w związku z tym analiza taka była bezprzedmiotowa.

Podsumowując, efektem prawomocnego rozstrzygnięcia sądu było ustalenie pochodzenia dziecka w ten sposób, że nie miało ono matki, miało jedynie ojca.

* * *

Czy taka sytuacja jest możliwa w Polsce, w świetle polskiego prawa? Jej niecodziennosc podyktowana jest co najmniej dwoma powodami: pochodnością ojcostwa względem macierzyństwa i utożsamianiem braku jednego z rodziców z brakiem ojca i traktowanie takiej sytuacji jako jedynej w miarę naturalnej. Możliwość skorzystania z usług surogatki przez samotnego, zdolnego do prokreacji mężczyznę budzi wątpliwość w związku z kształtem regulacji z art. 5.2. ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności¹⁸. Wymóg uprzedniego wyczerpania innych niż procedura zapłodnienia pozaustrojowego metod leczenia niepłodności prowadzonych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy, z wyjątkiem sytuacji, gdy zgodnie z aktualną wiedzą medyczną nie jest możliwe uzyskanie ciąży w wyniku zastosowania tych innych metod czyni niemożliwym spełnienie potrzeby posiadania dziecka przez osoby płodne.

Jeśli jednak doszłoby do zawarcia umowy macierzyństwa zastępczego i w wyniku tej umowy urodziłoby się dziecko, to jaki byłby skutek powołania się na postanowienia umowne przed sądem? Dość powszechne jest przekonanie, że umowa taka byłaby potraktowana jako nieważna, a w związku z tym nie powinna wywołać skutku prawnego – mimo że jej skutkiem byłoby przyjście na świat dziecka. Powodem nieważności może być nadużycie prawa podmiotowego z art. 5 kc¹⁹, sprzeczność z zasadami współżycia społecznego z art. 353¹ kc,

¹⁷ In re Application of Saxton, 309 N.W.2d 298, 301 (Minn. 1981).

¹⁸ Dz. U. z 2015r., poz. 1087.

¹⁹ *Instytucje prawa rodzinnego*, red. J. M. Łukasiewicz, Warszawa 2014, s. 166.

zobowiązanie się do świadczenia niemożliwego z art. 387 kc²⁰ czy też po prostu *numerus clausus* umów zawieranych w ramach stosunków rodzinnych. Jednak, jak się wydaje, sytuacja nie jest tak oczywista, gdy spojrzeć na różnorodność umów surogacji. Podstawowym, najbardziej rozpowszechnionym, w szczególności w literaturze anglojęzycznej, jest podział umów na odnoszące się do surogacji tradycyjnych i gestacyjnych. Pierwsze z nich mogą budzić największe wątpliwości. Po pierwsze ich konstrukcja pozwala na to, aby surogatka zaszła w ciążę wcale nie w wyniku zabiegu sztucznego zapłodnienia, ale naturalnego seksualnego aktu prokreacji. Po drugie, elementem odróżniającym je od umów surogacji gestacyjnej jest pokrewieństwo surogatki z dzieckiem, którego umowa dotyczy. W terminologii przyjętej dla umów surogacji gestacyjnej (czyli z łaciny ciążowej) odzwierciedlenie znajduje rzeczywista funkcja surogatki – zastąpienia innej kobiety w byciu w ciąży i w urodzeniu dziecka. Nie ma ona nic wspólnego z relacją pokrewieństwa między nią a dzieckiem – surogatka nie jest genetycznie z nim spokrewniona. Stosowanie jej w dwóch wariantach wynika z pewnością z wielości i odmienności potrzeb, które za ich pomocą mają być realizowane przez małżeństwa, pary i jednostki. W pierwszym z nich żeński materiał genetyczny wykorzystany do stworzenia embrionu pochodzi od tzw. matki socjologicznej, czyli kobiety, w zastępstwie której występuje surogatka. W literaturze anglojęzycznej zwana jest ona *intended parent/ mother*, a więc osobą, która ma zamiar zostać matką/rodzicem, co znacznie celniej oddaje relację surogatka-kobieta-dziecko. W drugim wariantcie żeński materiał genetyczny pochodzi od anonimowej lub nieanonimowej dawczyni. W obu wersjach surogatkę łączy z dzieckiem jedynie ciąża i urodzenie dziecka. W pierwszej, socjologiczna matka jest genetyczną matką dziecka, w drugiej – żadna z dwóch kobiet zawierających umowę surogacji nie jest genetycznie spokrewniona z dzieckiem. Co do ojca – w każdej z trzech sytuacji socjologiczny ojciec może być ojcem genetycznym dziecka lub nie być z dzieckiem spokrewniony, jeśli do kreacji embrionu użyto nasienia dawcy. Zasadniczymi postanowieniami umowy są zobowiązanie surogatki do donoszenia ciąży i urodzenia dziecka oraz do przeniesienia praw rodzicielskich na rodziców socjologicznych i wydania dziecka. Najwięcej zastrzeżeń budzą z reguły kwestie odpłatności usług surogatki, która stanowi przyczynek do oskarżeń o handel dziećmi i niemożność przeniesienia władzy rodzicielskiej na mocy umowy, a więc bez udziału sądu. O ile kwestia odpłatności z racji na przedstawiony stan faktyczny, ale też na różne konstrukcje umowne i rozwiązania prawne na świecie wykracza poza tematykę artykułu, to druga kwestia wymaga przeanalizowania. W każdym wariantcie umownym transfer władzy rodzicielskiej będzie się przedstawiał inaczej i nie do końca wiadomo czy w ogóle będzie miał miejsce. Jeżeli przyjąć, że dla prawa rodzinnego z racji patologicznych konsekwencji związków między osobami zbyt blisko ze sobą spokrewnionymi i ukształtowanych przez wieki przeszkód małżeń-

²⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 380.

skich zasadnicze znaczenie ma pokrewieństwo genetyczne, to oznaczać może, że maksyma *mater semper certa est* odnosić się powinna do pokrewieństwa genetycznego. Konstytucyjna i ustawowa ochrona macierzyństwa dotycząca okresu prenatalnego sugerują także, że prawo chroni genetyczną matkę, bo fakt, od którego można mówić, że biologiczna (a więc ta, która już urodziła) matka jest chroniona prawem jeszcze nie miał miejsca. W tym kontekście, o ile w przypadku umowy surogacji tradycyjnej faktycznie powinno dojść do przeniesienia władzy rodzicielskiej z surogatki (matki zastępczej, biologicznej i genetycznej) na obcą dziecku kobietę, to przy dwóch pozostałych umowach surogatka nie przenosi na nikogo władzy rodzicielskiej, ponieważ ta władza jej nie przysługuje – jest atrybutem matki (genetycznej) dziecka i nie ma potrzeby i możliwości przeniesienia władzy na nią.

Gdyby z umowy surogacji urodziło się dziecko, byłoby dzieckiem surogatki i jej męża i jako takie byłoby zarejestrowane. Wynika to z regulacji zawartych w art. 61⁹-61¹² kro i art. 62 kro²¹. Jedyną przesłankę zaprzeczenia macierzyństwa stanowi fakt błędnego wpisania w akcie urodzenia jako matki dziecka kobiety, która go nie urodziła. Brak pokrewieństwa genetycznego nie stanowi podstawy zaprzeczenia macierzyństwa, a regulacja prawna nawet uniemożliwia ustalenie takiego pokrewieństwa²². Fakt bycia dawcą materiału genetycznego dla ustalenia ojcostwa mógłby mieć znaczenie w dwóch sytuacjach określonych przepisami art. 62§2 i 85§1 kro: 1) gdy dziecko urodziło się przed upływem trzystu dni od ustania lub unieważnienia pierwszego małżeństwa, a po zawarciu przez jego matkę drugiego małżeństwa, w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, na którą wyraził zgodę pierwszy mąż matki (wówczas domniemywa się, że jest ono dzieckiem pierwszego męża), 2) w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, gdy domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto był dawcą komórki rozrodczej. Zaprzeczenie ojcostwa na podstawie art. 66 kro mogłoby stać się sposobem korekcji pochodzenia dziecka od ojca. Nie wpłynęłoby to w żaden sposób na sytuację jego matki. Obalenie domniemań pochodzenia dziecka od mężczyzny jest zwykle skutkiem przeprowadzonych badań genetycznych. Gdyby zatem mąż biologicznej matki dziecka (motywowany wiedzą o tym, że nie jest ona jego matką genetyczną, a ciąża powstała w wyniku wdrożenia procedury sztucznej prokreacji, a z tej racji, że jego także nie wiąże z dzieckiem relacja pokrewieństwa) wykluczył swoje ojcostwo posługując się wynikiem badań DNA, z których wynikałoby, że jego żona również z dzieckiem nie jest spokrewniona, nie wpłynęłoby to na jej sytuację. Co więcej, przedstawianie wyników takich badań w odniesieniu do matki biologicznej dziecka byłoby bezprzedmiotowe, ponieważ nie stanowią one dowodu na potwierdzenie faktu

²¹ Dz. U. z 2015 r., poz. 2082.

²² D. Krekora-Zajac, *Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego*, „Studia Prawnicze” 2014, z. 1, s. 129-147.

urodzenia dziecka²³. Sytuację męża matki komplikuje również wynikająca z art. 68 kro niedopuszczalność zaprzeczenia ojcostwa, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej procreacji, na którą wyraził on zgodę. Rejestracja dziecka odbywa się na podstawie dokumentu przesłanego do Urzędu Stanu Cywilnego przez osobę, która odebrała poród – jest zatem potwierdzeniem faktów w nim wskazanych. Do wpisania do rejestru jako ojca osoby, która nie jest mężem matki konieczny jest dokument potwierdzający ten fakt, uzyskany w drodze uznania dziecka lub sądowego ustalenia ojcostwa²⁴.

Sąd orzekając o pochodzeniu dziecka może posłużyć się standardem dobra dziecka. Szansę przyjrzenia się sytuacji dziecka daje mu wystąpienie przez prokuratora na podstawie art. 61¹⁶ kro z powództwem o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa, jeżeli wymaga tego dobro dziecka lub ochrona interesu społecznego. Te dwie pozytywne przesłanki wytoczenia powództwa nie muszą być spełnione łącznie²⁵ – oznacza to, że prokurator dbając o dobro dziecka nie musi jednocześnie dbać o interes społeczny, natomiast w odwrotnej sytuacji, gdy występuje z powództwem podyktowanym koniecznością ochrony interesu społecznego – powinien także dbać o to, aby nie ucierpiało dobro dziecka. Sąd z oczywistych względów powinien stać na straży dobra dziecka, realizować funkcję ochronną wobec dziecka i rodziny²⁶, przejawem jego dbałości może być decyzja w kwestii pieczy nad dzieckiem. Chociaż korekta stanu cywilnego dziecka może okazać się niemożliwa, sąd może zdecydować o sposobie jej wykonywania. O ile w polskim prawie nie sposób znaleźć wskazania czemu miałyby służyć realizacja standardu dobra dziecka, według amerykańskiego orzecznictwa służyć miałyby ona pomocy dziecku, by zostało osobą o zintegrowanej osobowości, po której można by się spodziewać, że będzie zadowolona z życia²⁷. Pomoc taka może polegać na uznaniu przez sąd, że genetycznym rodzicom przysługuje konstytucyjne prawo do wychowywania swoich dzieci²⁸, przyznaniu pieczy nad dzieckiem byłej żonie ojca dziecka, niespokrewnionej z dzieckiem²⁹ czy też na pozostawieniu dziecka z surogatką lub na przyznania jej prawa do kontaktów³⁰.

²³ Ibidem.

²⁴ Por. przepisy ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2014r., poz. 1741).

²⁵ G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Pokrewieństwo i powinowactwo. Komentarz do art. 61(7)-144(1)*, Lex 2014.

²⁶ E. Pędzialek Kunert, *Rozważania o pomocy sądu rodzinnego i rodzinnego kuratora sądowego w zakresie ochrony dziecka i rodziny*, „Rodzina i Prawo”, nr 36, 2016, s. 74.

²⁷ In re Baby M, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988, L. Gostin, *A Civil Liberties Analysis Of Surrogacy Arrangements*, „Journal of Contemporary Health Law & Policy” 2000-2001, nr 17, s. 448.

²⁸ Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 753 (1982), Myer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923), Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925), Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944).

²⁹ Doe v. Doe, 710 A.2d 1297 (Conn. 1998).

³⁰ In re Baby M, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988.

* * *

Ponieważ w Polsce dotąd nie było żadnej sprawy sądowej dotyczącej macierzyństwa zastępczego, której wyrok zostałby opublikowany, trudno jest przewidzieć jaki mógłby być wyrok w takiej sprawie i jaką rolę odegrałoby w rozstrzygnięciu sprawy dobro dziecka. Konfrontacja historycznej już amerykańskiej sprawy z obowiązującymi obecnie przepisami polskiego prawa wydaje się upoważniać do zadania pytania: czy polskie prawo przygotowane jest na sytuację, która miała miejsce w USA?

Bibliografia

Akty normatywne

Illinois Gestational Surrogacy Act, 750 Ill. Comp. Stat. 47/1-75 (2006).

Illinois Parentage Act (750 ILCS 46/) <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=3638&ChapterID=59>.

Minnesota Statutes <https://www.revisor.mn.gov/statutes/>.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r., poz. 380).

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. z 2015 r., poz. 1087).

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r., poz. 2082).

Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 1741).

Orzecznictwo

Doe v. Doe, 710 A.2d 1297 (Conn. 1998).

Higgins v. Brunswick Corp., 395 N.E.2d 81, 85 (Ill. App. Ct. 1979).

In re Application of Saxton, 309 N.W.2d 298, 301 (Minn. 1981).

In re Baby M, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988.

In re Baby M, 217 N.J. Super. 313 (1987), rev'd in part, 525 A.2d 1128, 1988 W L 6251, Slip Op A-39-87, decided Feb 3, 1988,

In re Marriage of Gorman, 671 N.E.2d 819, 825 (Ill. App. Ct. 1996).

In re Paternity & Custody of Baby Boy A., Minnesota Court of Appeals Unpublished Opinion, Justia US Law, <http://law.justia.com/cases/minnesota/court-of-appeals/2007/opa070452-1211.html>.

In re Paternity & Custody of Baby Boy A., No. A07-452, 2007 WL 4304448 (Minn. Ct. App. Dec. 11, 2007), Hennepin County District Court File No.

27-PA-FA-05-278S, <http://www.lawlibrary.state.mn.us/archive/ctapun/0712/opa070452-1211.htm>.

Inland Prods. Corp. v. Donovan, Inc. 249 Minn. 387, 390, 82 N.W.2d 691, 693 (1957).

Melena v. Anheuser-Busch, Inc., 847 N.E.2d 99, 109 (Ill. 2006).

Myer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923),

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925),

Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944).

Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 753 (1982),

Stoltze v. Stoltze, 66 N.E.2d 424, 428 (Ill. 1946).

Tadros v. Kuzmak, 660 N.E.2d 162, 170 (Ill. App. Ct. 1995).

Wise v. Midtown Motors, Inc., 231 Minn. 46, 53, 42 N.W.2d 404, 408 (1950).

Literatura

Bagan-Kurluta K., *About surrogacy agreements against background of American experiences*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2010, z. 8.

Bychkov Green S., *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law*, „Wisconsin Journal of Law, Gender & Society” 2009, nr 24.

Gostin L., *A Civil Liberties Analysis Of Surrogacy Arrangements*, „Journal of Contemporary Health Law & Policy” 2000-2001, nr 17.

Instytucje prawa rodzinnego, red. J. M. Łukasiewicz, Warszawa 2014.

Jędrejek G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Pokrewieństwo i powinowactwo. Komentarz do art. 61(7)-144(1)*, Lex 2014.

Krekora-Zajac D., *Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego*, „Studia Prawnicze” 2014, z. 1.

Pędziulek Kunert E., *Rozważania o pomocy sądu rodzinnego i rodzinnego kuratora sądowego w zakresie ochrony dziecka i rodziny*, „Rodzina i Prawo” 2016, nr 36.